

フランスにおける建築請負契約と 所有権(8)

坂 本 武 憲

- 1 はじめに
- 2 Pothier の所有権の理論について
- 3 19世紀の所有権と請負の理論
 - (1) 所有権について
 - (2) 請負契約(労務賃貸借契約)
 - [A] 請負契約(労務賃貸借契約)の定義
 - [B] 危険負担について
 - [C] 受領後の瑕疵についての責任(以上専修大学法学研究所紀要6・民事法の諸問題Ⅱ)
 - [D] 建築上の瑕疵についての判例の展開(以上専修大学法学研究所紀要12・民事法の諸問題Ⅴ)
- 4 20世紀以後の物権・所有権と建築契約の理論
 - (1) 物権と所有権についての理論的変遷
 - [A] 序 論
 - [B] 物的権利についての理論的推移
 - (a) 物的権利を法主体者間の債務的關係とする学説の出現
 - (b) 物的権利を法律上の排他的利用権能とする理論への進展
 - [C] 所有権を中心とする小括(以上専修法学論集100号)
 - (2) 添付原則と地上権についての理論的変遷
 - [A] 序 論
 - [B] 借地上建物の所有権帰属(普通賃貸借の場合)
 - (a) 問題の意義とその解決の方向性
 - (b) 19世紀後半から20世紀にかけての学説と判例(予備的考察)(以上本論集103号)
 - (c) 20世紀以降の学説と判例の推移(以上本論集104号)

[C] 特殊賃貸借契約における地上物所有権の帰趨

- (a) 特殊賃貸借と民法典上の賃貸借の連続性に関する先駆的学説
- (b) 農事賃貸借立法の概要と学説の動向

(以上本論集106号)

- (c) 建築負担付賃貸借立法の概要
- (d) 不動産(使用収益)許諾立法の概要
- (e) 最近の物権的不動産賃貸借立法の概要

[D] 地上権(地上物所有権)の客体に関する議論の展開

- (a) Savatier による新たな理論の提示
- (b) Goubeaux による古典的理論に依拠した批判
- (c) Atias による空間所有権論の実務的適用に関する説示
- (d) 概観—空間所有権学説の地上権理論への影響

(3) 不動産建築契約についての理論的変遷

[A] 序 論

[B] 不動産建築契約の請負と売買による類型区分(性質決定)

- (a) 請負と売買の要素の複合を認める見解
- (b) 請負契約の内容に所有権移転を含める見解
- (c) 契約的観点から19世紀の学説に同調する見解
- (d) 小 括

(以上本論集135号)

[C] 不動産建築における三つの範疇の当事者(建築家)

- (a) 建築士と注文者との建築契約
 - α 建築士の地位に関する議論の進展
 - β 建築士が契約に基づいて負う義務
 - γ 建築士と注文者の契約がもつ法的性質
- (b) 請負人と注文者との建築契約
- (c) 技術士と注文者との建築契約

[D] 新たな「建築予定不動産売買契約」の法形式

- (a) 所有権(名義)への到達・就位取得の概念について
- (b) 民法典に挿入された関係諸規定の検討
- (c) 小 括

[E] 受領後の瑕疵についての建築家の責任

- (a) 1967年1月3日の法律制定前までの変遷
 - α 注文者による受領の意義に関する理論的変遷
 - 受領における責任解放的意義の縮減—

(以上本号)

4 20世紀以後の物権・所有権と建築契約の理論（承前）

（3）不動産建築契約についての理論的変遷（承前）

〔C〕不動産建築における三つの範疇の当事者（建築家）

（a）建築士と注文者との建築契約

α 建築士の地位に関する議論の進展

20世紀の初めに、建築士（＝建築師）の歴史を探索して、民法典の立法者がこの職業を請負人のそれと明確に区別しえない時代の制約に服していた事情について示しつつ、この世紀以後に独自の職業となるべき建築士の地位・職務について、確かな法的展望を開いたのは前記した Minvielle の著作である（前掲3（2）・〔D〕および前掲注28参照）。もはや古典と称しうこの文献に接する我々の幸運は、多くの建築士を輩出した家系の出である著者⁽²²¹⁾だけが保持し続けえた意思に一即ち長く無視されてきたこれら技芸家（*artiste*）達の正当な諸主張に、勝利させるように貢献するのが自分の義務であるとの不屈の決意に一負っている。

「もし君の息子が、何にも向いていないようなら、彼を競売人か建築士にきなさい」。詩人 Martial のかかる揶揄を巻頭に引用して、そこに建築士の職業が公衆にいかにも無視され、更にはいかに知られていなかったか、その徴表を見うとする。そして殊にこの職業の無視を確認しうるのは法的観点においてであるが、この基本的な誤りはいつもなされる建築士と請負人の混同に基づくものであるとしていう。「一言でいえば、建築士はある建造物を構想し、設計図を作成する技芸家であり、彼はその建築を指揮し監督するし、その費用の検証と決済をなす。他方で請負人は、その建築を施工し一般には工作および材料の提供義務も負う実業者（indus-

(221) Minvielle, *op. cit.*, p. 3.

triel) である。それゆえ、彼らは実際に対立する役割と職務を有しており、そして建築士職業義務法典は明示に、『この職業は、請負人のそれとは、相容れない』（第二条）と規定している」。そこで、長く無視されてきたのは不可解と評しながら、彼が請負人と建築士との本質的相違として強調するのは、前者が真の商人（commerçant）であるのに対し、建築士は自由な職業を行使する技芸家であり、いかなる仕方でも商人とは考えられえないところに存するとの点である。

「この職業は今日、決定的に必要とされている。それを規律する法的諸原則を導出するように努める時は到来した」。以後、そのことを歴史の流れに沿って連綿と論じ続けるこの著書の行間には、祖父や父のような誠実な建築士なら持するであろう使命感—プロローグには先の Martial の言とともに、16世紀の著名な建築士 Delorme の『建築の厳粛、由来、そして優美は、神と天からのものである』との言も引かれている—が、著者を通じて宿されているかのように思われ、その説示の世代を乗り越えた影響力は、この宿されたものから生じているであろう⁽²²²⁾。そしておそらく、Minvielle をして「この職業は今日、決定的に必要とされている」と記させたのは、これから特に都市に建築される建造物が、雑多な原因に影響された偶然的な態様のものであってはならず、技芸家である建築士だけが与える自由な発想に基づく、統一的秩序（芸術的着想）の内に属しているべきであるとの確信であり、更にいえば存在する物自体としては社会全体に帰属することとなる建造物（所有権者はそれが人一般に対して有する有用性だけを排他的に支配できる）について、そうであるがゆえに建築士という職業を存在させるに至った、市民社会のかかる必然的要請でもあったはずである。

20世紀前後における建築士達自身も、この職業（称号）の独立した定義

(222) Minvielle, op. cit., p. 1 et suiv. et p. 10.

と保護を希望しており、それはまず1867年のある学位の創設（しかしこの職業行使はそれに服さしめられなかった）の獲得となった。そして1895年における建築士会議が、Minvielle も引用していた建築士職業義務法典（民事建造物一般査察役 Guadet が建築士中央協会の名で提出した報告を採択したので Guadet 法典と一般に称される）を採択し、そこではこの職業が自由で商業的ではなく、請負人や材料提供者のそれと相容れないという確認となって結実した⁽²²³⁾。他方でこの職業に強い傾向が現れ、その称号はある教育課程を義務的に収めて、学位の取得の後にだけ授与されうるようにと要求する方へと向かい、同協会の草案には試験と職業的実習の義務化が含まれていた。そしてフランス建築士団体連合は1933年に、建築士教育プログラムの確立および国家試験を創設して、その合格者のみが建築士の称号をもちうるようにと新たに要求した。また彼らは自らの保護を図るために様々な諸団体を結成していたが、その効用に余り配慮しないこれら団体を通じての同僚的行動にとどまることなく、職業の規定化と同時に、その尊重の確保を目的とした機関が創設されるべきことも要求していた。そして多数の建築士は自発的に、その職業のメンバー全員に対して、規制的そして懲戒的な権限を付与された評議会（Conseil）の創設を構想し、それがあるいは選挙された、あるいは公権力から指名された、その職業のメンバーで構成されるべきだと考えていた。また、同連合は、建築許可を必要とするすべての場合に、建築士の協力を義務的とするようにも要求した⁽²²⁴⁾。

これらの点に関するいくつかの草案と提案の提示がなされて、ようやく

(223) Liet-Veaux, *La profession d'architecte*, 2éd., 1963, p. 7 et suiv., n°20 et suiv. La responsabilité des architectes après l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 avril 1965, J.C. P.1965 1918, n°5 Saint-Alary, *Droit de la construction*, 1977, p. 553 et suiv. 本文における以下の叙述は、専らこれらの著書と論稿によっている。

(224) Liet-Veaux, *op. cit.*, p. 9 et suiv., n°23 et suiv.

建築士会を制定する1940年12月31日の法律（cf.D.A.1941 30.）および建築士の職業倫理を定める1941年9月24日のデクレ（職業義務法典）（cf.D.A.1941 498.）以降に、順次に Guadet 法典にほぼ沿う、建築士の保護の原則が立法によって確立されることとなった。その要点だけを簡単に記すと以下のごとくである。①建築士会が私法の規定に従って、しかし公的権力の特権を行使する職業的規律会（Ordres professionnels）として組織され、そこに登録されなければ、建築士の称号を使用することも、その職業を行使することもできない。②その建築士会の機関の構成は、控訴院の管轄区と一致する区域に創設される州評議会、およびそれを統括する上級評議会である。③建築士は民事・行政・刑事裁判所により強制される一般法が規定する義務に加えて、特別に建築士会の評議会により強制される職業的義務（顧客のための保障措置としての義務、および建築士会・同僚に対する義務）を負い、それに違反すると州評議会による懲戒の処分が科されうる。④州評議会が管理する名簿への登録申請には、特に法定の学位の取得者であること、あるいはこの学位を彼に免除する、美術担当政務次官の決定の対象となったことを証する書面が添付されなければならず、そしてその登録あるいはその拒否は、州評議会の非公式会議（séance privée）で出席構成員の絶対多数により決定される⁽²²⁵⁾。

これらの運用準則（statut）の全体は、ビシー（ペタン）政府の創設にかかっていたのにもかかわらず、同じくその創設にかかる他のものとは反対に、フランス解放を生き延び、1945年10月18日のオルドナンスにより有効とされて、小さな修正も受けた。そしてその後もその最初の基本構造を保ちながら、20世紀後半の改正まで30年以上に亘り存続し続けた。かか

(225) Liet-Veaux, op. cit., p. 29 et suiv. Saint-Alary, op. cit., p. 534 et suiv. なお職業義務法典である Décret du 24 sept. 1941には、後に Décret du 31 mai 1943（cf.D.A.1943 87）により、建築士に課される工事現場の開設に対応する義務保険の規定が補充されている。

る趨勢となった一つの歴史的解説として、ビシー政府がなす職業的組合（syndicats professionnels）の廃止が考慮されて、建築士会の最初の評議会が職務行使中の組合代表者で構成されたために、この民主的な代表制への忠実が、共和国的合法性の再建との衝突を回避させる運びとなったとの事情が指摘されている⁽²²⁶⁾。

こうしていささか古風とまでみなされていた、建築士の職業に関する運用準則は、1977年1月3日の法律により改められることになったが、その主要な改正点は、この職業行使における独占の実効性強化と、この職業の行政庁による後見の下への位置付けであった⁽²²⁷⁾。いずれの点も強い反対論に遭遇してきたか、それを予測できる問題点であるが、この法律はその第1条1項と2項冒頭の条文で《建築術は文化の表現である》、《建築上の創造、建造物の質、それらの周囲の環境の内への調和的組込み、自然的あるいは都市的景観ならびに財産の尊重は、公益に属する》と定めて、それらについての正当化を図ったために、規定内容に比して少し大きめな、建築術に関する法律（Loi sur l'architecture）とのタイトルが付されている⁽²²⁸⁾。

この法律が、前記した二つの点について採用した具体的方策の概要は、次のようなものである。立法者は第一の点につき、3条1項で《建築許可に服する工事を企てようと欲する者は誰でも、建築許可申請の客体をなす建築計画案を作成するために、建築士に依頼しなければならない》と定めて、適用のデクレが規定する限定的例外を除き、この者の介在に関して、その検証の容易なここでの申請に結び付ける原則を採り、そこでこの介在

(226) Liet-Veaux, Le nouveau code des devoirs professionnels des architects, R.D. I.1980, p. 224.

(227) Liet-Veaux, *ibid.*

(228) cf. J.C.P.1977 III 45247. なお、この法律の最後の適用規定的な条文となる1980年3月20日のデクレは、1941年デクレに代わる、建築士の新たな職業的義務法典を規定している（cf. Liet-Veaux, *op. cit.*, p. 223 et suiv. 条文は Annexe p. 237参照）。

が建築許可の一件書類に現れていない場合には、その申請は不受理とされるであろうし、またその結果として登録されることがないであろうとの、簡易な実効性付与を図っている⁽²²⁹⁾。更に時代と技術の進展は、この義務的依頼の重要な拡大を促して、建築の型式モデルとそれらの応用型式は、それらが繰り返して利用されうるのであれば、工業化されているのであられなかれ、あらゆる商業化の前に、それらを使用する注文者がいかなる者であろうとも、原則として3条の要件において、建築士により創設されるべきであるとする規定をなさせている（5条1項）。

次に第二の点について立法者はまず、無造作にもみえる仕方では、《建築士会は文化担当大臣の後見の下に置かれる》と規定し（21条2項）、同会の権限に対し国が干渉する姿勢を明確にした。その後見を具体化した諸規

(229) Gourio, *Le monopole des architectes*, J.C.P.1980 I 2989, n°11. Saint-Alary, op. cit., p. 546 et suiv. しかし3条は続いてただし書きとして《ただし、この考案に個人的にであれ、チームとしてであれ関与している他の者への依頼を妨げるものではない》との規定において、建築士への依頼の義務化は認めつつも、かかる他の者への依頼を排除する排他性までは認めていない。

またこの法律の14条は、建築士が個人として自由に職務を行使しうる他に、ある建設会社の社員（associé）の資格で、官吏あるいは公務員の資格で、整備および都市化の領域で国や地方公共団体のために専ら活動する研究機関の俸給被雇用社員（salarié）の資格で、建築士あるいは建設会社の俸給被雇用社員の資格で、建築に全く関係していない活動をなす自然人または法人が自己自身のために排他的使用の目的で建築する場合に、それら自然人や法人の俸給被雇用社員の資格で、農事的居住に関する農業的共同利益を目的とする社団の俸給被雇用社員の資格で、職務を行使しうるとの柔軟化を図っている。

もう一つ重要な点として、3条は建築士に義務的介入を求めなければならないのは、建築許可申請に必要な職務までで、他の職務（特に請負人による工事に対する指揮・監督権による介入）については義務的とはされておらず、ただより広いそのような職務の依頼は排除されないと定めにより、注文者の求めがあればなしうるとしたことである（同条1項第2文）。そして建築計画書を作成した建築士が、工事の指揮を委託されていない場合には、注文者は、契約で定められた条件で、その計画書の規定が尊重されているのを確信させるよう努めなければならないとされている（3条3項）。

定のあらましは以下のようなものである。①文化担当大臣は、建築士州評議会および国内評議会の会議に出席する、一人の代表者を指名する（22条1項、24条1項）。②州評議会は建築士の州名簿を管理し、登録・抹消業務を司るが、登録の拒否あるいは抹消の決定は、文化担当大臣への上訴で破毀が求められうる一大臣は国内評議会の意見を待った後に判断を下す（23条1項2項3項）。③文化担当大臣は、不適法な登録の決定を無効としうるし、要件を充たさなくなった者を州名簿から抹消しうる（23条4項）。④各州には建築士懲戒州支部が設置され、その構成は行政裁判所長（州支部の長となる）、同裁判所の一評定官、控訴院の一評定官、評議会によって選任される建築士会州評議会の二人の構成員からなる（27条1項）⁽²³⁰⁾。全国的には建築士懲戒国内部が設置され、その構成は一コンセイユ・デタ評定官（部の長となる）、パリ控訴院所属部の一裁判長、会計裁判院の一評定官、国内評議会により選任される同評議会の二人の構成員からなる（29条1項2項）⁽²³¹⁾。

この法律は、50年以上の議論を経ており、この長い成熟期間は衡平の探求が困難だった事情によるものとされ、それだけに第一の点における改正については、建築士の義務的介在の原則が認められるや否や、急いであらゆる方面からそれを削減しようとした妥協的な諸規定となったと評されている⁽²³²⁾。更に第二の点における改正については、建築士の職業がなお自由な職業として一伝統的にそうであったように一考えられるべきであるの

(230) 2005年8月26日のオルドナンス7条が27条を改正して、行政控訴院長が指名する行政分野の現職または名誉職での一司法官（州支部の長となる）、および州評議会より指名される三建築士で構成するものとしたとされる（Huet, *la profession d'architecte sous ordonnance*, R.D.I.2006 1 p. 4.）。

(231) 2005年8月26日のオルドナンス9条が29条を改正して、現職または名誉職での一コンセイユ・デタ評定官（部の長となる）、および建築士国内評議委員会により指名される三建築士で構成するものとしたとされる（Huet, *ibid*）。

(232) Gourio, *op. cit.*, n°1 et n°4.

かどうか問われうるほどに、建築士の地位を深く改革したとか⁽²³³⁾、建築士会はその職業に関する諸問題について、公権力から意見を聞かれるだけとなった⁽²³⁴⁾、などの厳しい批判を受けている。

しかし同時に、学説の内にはこうも記されている。この法律の起草者達は、建築士に特別な職務として、注文者によって定められるプログラムを、容積において翻案すること、より正確には注文者によって確定されるいくつかの基礎的所与から出発して、美しくそして当該地所に調和的に統合されたある作品を創造するという、困難な問題を解決するのが建築士の職務—美学的価値の弁護士（擁護者）—であると考えており、この意味において彼らは、この法律の第1条で、建築士は共同体（collectivité）のために 公益上の使命を有していると宣したのであると⁽²³⁵⁾。他方また、理由説示や元老院への報告書を参照すると、この法律が建築術は文化の表現であるとの原則を提示して主張しているのは、商業的収益性や予算節約の配慮のみに動かされる、余りに多くの注文者の傾向と闘うことにあると⁽²³⁶⁾。

こうしてみると、この法律をまとめさせたものは、建築術に関する明確な理念、即ちそれ自体としては社会（共同体）全体に帰属することとなる建造物について、その外的側面を他の経験的配慮に優先して、文化の表現とすべきであるとするそれであり、そこから曲折を経ながらも建築士の独占と、過度の公権力の干渉との批判を受けながらの文化担当大臣による建築士会に対する後見、という大きな二つの方向性が帰結したというのが、自然な理解であろう。すると、この法律を生み出した法思想的な基礎は、やはり今世紀における所有権観念の変遷に求められなければならないのである。

(233) Jouffa, La réforme de la profession d'architecte ou un Ordre sous tutelle, G. P.1978 doctr., p. 455.

(234) Gourio, La mise sous tutelle de l'ordre des architects, J.C.P.1978 I 2921, n°2.

(235) Gourio, Le monopole des architects, n°7.

(236) Jouffa, op. cit., p. 455.

β 建築士が契約に基づいて負う義務

実務では、建築士が負う義務は、建築家の内で最も多様であるとされ、そこでこれまで見てきた建築士の職業に関する運用準則や倫理規定、更には公共工事に関する法律（後掲注238参照）などを参考として、学説では以下の主要なものが列挙される。①設計図の作成、②見積書（*devis*）と計画書の準備、③行政的許可申請の書式化、④労務・役務（仕事）の指揮と監督⁽²³⁷⁾、⑤請負人の工事明細書（*mémoire*）の検証、⑥労務・役務の受領の際の顧客に対する助力、⑦顧客に対する全般的助言（法的な助言も含む）、⑧工事請負人間の連携の確保⁽²³⁸⁾。

(237) 破毀院は、建築士の職業義務法典（1941年9月24日のデクレ）がこの義務を定めていることにより、建築士はこの義務を法的に負っているものと推定されるかが争点とされた事件で、この法典の規定は建築士の負担となる何らの推定も創設するものではないと判示しており、そしてこの判決評釈者も、そこでの規定は建築士会の評議会により理由があれば制裁されうるものではあるが、民事・行政・刑事裁判所によってではないとしている（*Cass.civ. 1re., 24 mars 1965 J.C.P.1965 II 14417. obs. Liet-Veaux*）。

(238) Saint-Alary, *op. cit.*, p. 558 et suiv. Liet-Veaux *Le droit de construction*, 7^{éd.}, 1982, p. 224 et suiv. Malinvaud, Jestaz, Jourdin, et Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, 9^{éd.}, 2015, p. 69 et suiv., n°71 et 72. しかし, Larger, *La coordination de chantier*, R.D.I.1981, p. 171. によると、建築士は重要度が低いから中程度の建築事業で、彼の時間における制約、技術的能力における制約、組織化の学識における制約を超えていないと評価する範囲で、連携化の職務を確保し続けているのはあるが（しかも建築士の新職業義務法典は下請けを認めながらもこの職務を彼らに委託しているのであるが）、しかし技術の増大する複雑化、品質に関する構築の統括の増加する諸要求、連携化にふさわしい一連の候補組織（技術研究事務所など）の出現が、建築士をこの職務から離脱させているのも事実であるという（後掲(c)参照）。

なお、注文者が国や地方公共団体である公共工事について定める1985年7月12日の法律（*Code de la construction et de l'habitation*, 2018, Dalloz, p. 1720 et suiv.）は、構築の統括（*maîtrise d'ouvrage*）とタイトルを付す第1章の下に、第2条がまず注文者に属する職務を規定する。その概略を示すと、構築に主要な責任のある注文者は、その役割において、辞しえない一般利益上の職務を果たすものとし、その内

γ 建築士と注文者の契約がもつ法的性質

こうして20世紀前半には、商人として法的に扱われる請負人から独立に、自由な職業を行使する建築士の存在が、完全に法的に承認されたのであるが、この動向は学説と判例をしてある法的な問題について、取り組みを促す次第となった。それは、民法典起草者が請負人とほぼ同義の職業と考えていた *architecte*・建築師が、注文者との間で締結する契約は、当然にも請負人のそれと同様に労務・役務賃貸借契約と考えられ、現にその前提で民法典の条文に規定がなされているけれども、請負人とは独立した諸義務を負い自由な職業を行使する建築士となつたいま、この者が注文者と交わ

容は、検討されている施工の実現可能性と適切性の確信を得た後に、その場所選定、そのプログラムの確定、見込みの予算総額の決定、予算の確保、構築が実現されるプロセスの選定、彼が選ぶ工事統括者 (*maitre d'œuvre*) —建築士はもちろん選ばれうる— および請負人との、それら労務・役務の調査研究と履行を目的とする諸契約の締結、であるとされる。そして3条では、プログラムと見込みの予算の限度内で、注文者は自己の名と計算でなされる、同条に限定列挙されている自己の諸権限の全部または一部の行使を、受任者に委託しうると規定する。

次に、工事の統括とのタイトルを付す第2章の下で、第7条は注文者がある私法上の人格、あるいは私法上の諸人格のある団体に、委託しうる工事の統括—構築の実現については工事統括の職務は請負人のそれとは別個であるとの規定がある—は、プログラムに建築上の、技術上の、経済上の答えをもちたらしうべきであると規定する。そのうえで注文者が、かかる工事統括者に考案と助力について全部または一部を委託しうる事項を列挙し、それらは①素案の調査研究、②前計画案の調査研究、③計画案の調査研究、④諸労務・役務の契約締結について注文者にもたらす助力、⑤履行の調査研究あるいは計画案への適合性の検討、そして請負人によってなされた履行の検証、⑥労務・役務契約の履行の指揮、⑦工事現場の整序・先導・連携化、⑧受領の諸措置の際と、完全な完成の担保期間内に注文者にもたらす助力、とされている。加えて、建物の構築については基本使命が単一の契約の客体をなすとし、この基本使命は、工事統括者をしてプログラムの諸目標と諸強要の建築上での総合を実現することや、構築の履行の際における、彼が行っていた諸調査研究の尊重を確保せうべきであるとされる。他方でかかる使命の内容は、注文者をして構築の質やプログラムの尊重を確保させ、また請負人達の特に分けられた担当部分別の照会 (*consultation*) および労務・役務契約の名義人の指名をなさしめうべきであると規定されている。

す契約の性質を、なお労務・役務賃貸借としておく必然性はあるのか、ということである。

この問題に本格的に取り組んだのは、20世紀以降における建築士の法的地位に明確化をもたらした Minvielle (前掲 α 参照) である。この学者は、建築士の任務が請負人のそれから完全に区別されたいま、その果たす義務の内に、注文者を代理するそれが含まれていないのか否かにつき考究する必要があるとする。そのうえで前述した建築士の任務を、設計図と見積書の作成、工事の指揮と監督、工事明細書の検証と決済、という三つの段階に分け、建築士は第一の任務においてだけ労務・役務賃貸人であり、後の二つの任務については受任者として行動すると説く⁽²³⁹⁾。後の二段階に代理が含まれている証拠として、そこにおいて建築士により請負人に与えられる指図や行為によって、注文者（所有権者）は義務を負わされる—もし建築士が過失を犯した場合にこの者に訴えを起こすというのは別論—といい、いくつかの例を列挙する。最初に指揮監督の段階での例として、予見しえない必要によって、設計図と見積書に修正を施さなければならなくなつて、補充的費用がかけられたときに、所有権者はその支払義務をもちろん負うが、その理由は注文者の名で行為している建築士に、請負人が従わなければならないからであり—ただし定額請負の場合にはかかる補充工事の指図を請負人は拒絶できる—、また注文者（所有権者）が建築士に彼を解任すると知らせ、工事を中止するように彼に通告するとして、建築士が無視して請負人に指図を与え続け、その結果この者が善意で工事を履行した場合には、委任に関する民法典2005条が受任者のみに通知された解任は、知らずに取引した第三者に対抗しえないと定めているところから、所有権者が請負人に補充工事の支払に任ずべきは当然であるが、これらは建築士が受任者であるがゆえの効果であるとする⁽²⁴⁰⁾。

(239) Minvielle, op. cit., p. 92, n°93.

(240) Minvielle, op. cit., p. 94 et suiv., n°96.

次に工事明細書の検証と決済の段階に移り、建築士による行為、特に決済は注文者（所有権者）を義務付けるとして、この時から偶発事象についての危険が、請負人から注文者に移転する効果をいい、そして建物に明らかな瑕疵や不手際がある場合に、注文者がそれを援用してその受領を追認せずに拒否しうるのではあるが、もし建物が完全に建築されている場合には、それを受領した建築士は彼の委任契約を十分に果たしたのであるから、注文者は自身でこの受領を追認して、建築士によって決められた代金を請負人に弁済すべきこととなる—建築士が過失を犯した場合にこの者に訴えを起こすというのは別論—などもいわれる⁽²⁴¹⁾。

この理論からは、受領後の瑕疵についての建築士の責任は、委任契約の条文に根拠を求めなければならないのは当然である。そこでこの学者によると、かかる責任に関して適用される条文は1792条および2270条ではなく、委任契約の1992条《受任者は、彼の管理事務において犯す故意だけでなく、過失についても責任を負う》になるとしながら、他方で建築士の任務は、作業場で工事が負担目録と請負書に示された要件に適合させて、請負人により完全に履行されるように監督するために、注文者（所有権者）を代理することからなっており、それゆえ請負人が両条に従って10年間責任を負う以上は、建築士が同様の期間において責任を負い続けるのが完全な必要事であり、論理的帰結であるけれども、この責任そのものは決していま挙げた両条に従ってではなく、それらが直接の対象とする請負人の監督を、建築士の委任は含んでいるということが理由となると説く⁽²⁴²⁾。

建築士契約の性質決定について、後述する1967年法による明確な立法が

(241) Minvielle, op. cit., p. 95 et suiv., n°97.

(242) Minvielle, op. cit., p176 et suiv., n°214. Paris, 9 mars 1927, confirmé par Cass.19 juin 1929 (D.P.1930 1 169.) は、請負契約書に付された負担目録で、その対象をなす工事について、請負人が1792条により示されている責任をすべて負い、建築士はすべての点において免責されるとの条項があり、注文者が承諾して署名し

なされるまで、判例においてそれに関連して主要な争点となったのは、Minvielle が受任者としての任務としていた、建築士が工事明細書を検証して、代金を決定し工事を受領する（工事明細書の決済をなす）場合についてであり、注文者は委任者としてこの建築士による受領と決済の行為に原則として拘束されて、決定された代金を支払う義務があるのか否かであった。Minvielle の理論が提唱されて後の下級審では、建築士は受任者であるとして、これを肯定する判決が相次いで出された(Trib.civ.de Nantua, 13 avril 1922 D.P.1923 2 41.—工事を見守る責務を負う建築士・受任者によりなされる決済は、所有権者・委任者を請負人に対して義務付け、それを否定するためには、所有権者が建築士と請負人の結託を主張・立証するか、工事の検証・受領後に請負人の責任を生じさせる瑕疵や不手際が露見したことを主張・立証する必要があるとする。Triv.com.de Marseille, 23 fév. 1923. Triv.civ.de La Seine, 22 mars 1923.24 juill. 1923.16 déc.1924. D.P.1926 2 157.—これらの四判決も、所有権者からその指図と統括により建造物を建築する責務に任ぜられた建築士は、請負人の工事明細書の検証が含まれる権能において受任者であるとし、それゆえ建築士により決済された数額は所有権者を拘束するから、注文者は結託や建築士の検証における重大な錯誤について証明しない限り、請負人に対しその額を後に争ったり、鑑定を申し立てたりできないとする)。

しかし破毀院は、これら下級審の判断とは異なり、まず建築士と注文者の契約を委任契約と認めながら、請負人の工事明細書につき検証の責務を負う建築士は、それだけでは彼が決済した決算額について、所有権者に対

ていた事例で、この合意条項が建築士の重過失をも免責するとしているのは公序に反するとしてその部分を無効としつつ、請負人と連帯して責任を負わせる際に（この点の詳細は後述）、建築士の責任は有償の受任者として厳格に評価されると判断しているが（cf. 1992条2項）、これはおそらく Minvielle の理論に従っていると思われる。

して請負人に支払うよう義務付けうる委任まで受けているものではないとする判決を重ねた (Cass.civ., 3 nov. 1926 D.P.1927 1 77.—建築士が工事明細書の決済により顧客を義務付ける権能まで与えられていたのか否か、注文者が明示・黙示に準拠したであろう慣行によって、そのような権能が定められていたのかどうかについて審理していないとして、控訴審判決を破毀・移送した。Cass.civ., 20 juill. 1927 G.P.1924 611.—建築士は注文者の受任者であることを認めつつも、彼が工事明細書の決済により注文者を義務付けうるのは、彼がその権能を受けていたとの立証がなされる限りであり、そして戦争で荒廃した地域での国の補償金による再建築工事では、注文者の受任者である建築士が請負人による工事の受領と決済をなしても、それは最終的なものではなく、国による補償金支払のための検証があるまでは、暫定的なものであるとの、当事者が準拠した慣行が存在すると判示)。

破毀院は後に、更なる一步を踏み出し、建築士は注文者を代理しない労務・役務賃貸人であり、彼の顧客からこの者の名でこの者のためにある特定された法律行為およびそのように委託された委任に必要な法律行為をなすについて、職務を負わされているのでない限り、受任者とは考えられないとの一般的判断を示すに至った (Cass.civ.1re., 21 janv. 1963 J.C.P.1963 II 13815.—控訴審が建築士の構想上の過失を認定して責任を負わせる際に、民法典1792条の要件は備わっていないと判断しつつ、本件では労務・役務賃貸借契約ではなく委任契約により民法典1992条に根拠を求める必要があるとした判示について、請負契約とは別個の委任の存在を正当化せず、建築士に委託された任務の範囲と限界を審理していないから、判決に法的根拠を与えていないとして破毀・移送した事例)⁽²⁴³⁾。

(243) 破毀院はまた、権限ある行政当局の予めの承認を得るための、いくつかの別異な設計書を作成した建築士が提起した、報酬支払の訴えについて、その報酬請求は委任契約に基づくものであるのに、それら渡された設計書に署名して行政庁に送付した者から、1985条に規定されている要件で、有効に与えられた明示の委任に関して、建築士が証明していないとの理由で棄却した控訴審判決に対し、顧客から彼

自由な職業を行使する建築士が、工事に関する指揮と監督の任務を負うことは、その職業義務法典からも明らかであるが、それに関する契約を Minvielle が説く代理の含まれる委任とみる必然性ではなく、知的役務の提供により工事の完成に至らせる義務を負う請負契約とするのも十分に可能であろう。問題は、この任務に関する契約を代理が含まれた委任とみると、一層のこと建築士のなす工事の受領と決済の任務は、代理に外ならないとされて、注文者は代金に見合った工事の有用性（価値）の確保のイニシアチブも、建築士に与えていたこととなり、注文者はこの者による決済に原則として拘束され、請負人に対して代金額を争ったり、裁判所に鑑定を申し立てたりできなくなるとの結論に結びつきやすい点にある。するとある学説が、建築士と所有権者の締結する契約は、労務・役務賃貸借契約（請負契約）とした下級審判決を支持して、建築士はただ技術的に請負人に対して注文者を代理すべきではあるが、それは法的な代理とは別な事柄であると指摘していたのは（Obs. A.S. sous l'arrêt de Paris 26 nov.1946 J.C.P.1947 II 3445.）、その意味で正鵠を射ているであろう⁽²⁴⁴⁾。

ここでの契約の性質決定という問題は、後述する建築予定不動産売買の

の名で彼のために特定の法律行為の実現を委託されているのでない限り、建築士は原則として労務・役務賃貸人であって、受任者ではないから、給付した役務の報酬支払請求のために、委任契約の証明までを必要とするものではないのとの理由により、破毀・移送の判断を下している（Cass,civ.1re., 2 fév. 1965 D.S.1965 649.）。

(244) 以上の動向の背後にも、やはり所有権観念の変遷の影響をみることができる。というのも、所有権に物自体の支配権であるとの内容がまだ色濃く残されている段階にあっては、建設工事の施工につきなおイニシアチブの残る所有権者は、もし自分にその行使の能力がないと判断する場合に、自分に代わってその行使を建築士に委任するとの理論となりやすいが、所有権は物の有用性のみを排他的に支配しうるための法的権能・権限であるとみられるにつれて、もともと注文者に技術的イニシアチブはなく、代わって建築士はその資格に基づいて独自に持つべき（注文者から自己の名で自己に代わって行使を委託されたのではない）イニシアチブの発揮により、注文者に建造物に関して完全な有用性を確保させるべき知的役務の提供者であるところの、労務・役務賃貸人（請負人）であるとされるだろうからである。

規定を新設する立法に付随して、条文改正により解決された。それが、1967年1月3日の法律（cf.J.C.P.1967Ⅲ32609.）による改正であり、新1779条3号は、労務・役務と職能の賃貸借の一つとして、『計画調査、見積書あるいは請負書による、建築士、工事請負人、技術士のそれ（賃貸借—筆者）』と規定して、建築士と所有者との契約を、主要な労務・役務賃貸借（請負契約）と位置付けている。

建築士が保持しうるイニシアチブは、工事の完成の統括を目的とするものであって、その工事が代金に見合う有用性（価値）を確保するためのイニシアチブは、注文者が建築士に対してさえも維持し続けているとの原則に依拠する妥当な立法であり、その後の学説でも、この改正に対する立法的批判はない⁽²⁴⁵⁾。

（b）請負人と注文者との建築契約

建築請負において、注文者が原始取得する所有権は、その内容が建造物それ自体に対する支配権能・権限ではなく、その有用性だけを排他的に支配する権能・権限であるとされるにつれて、この者の意思として保護すべきは、彼が請負人に課しているとみるべき一切の仕事（労務・役務）完成手段の行使⁽²⁴⁶⁾ではなく、建造物について彼が正当に期待しうる有用性

(245) もちろん、この原則は当事者の契約的自由に侵害をもたらすものではなく、建築士や工学技士が顧客から彼の名でこの者のために、ある法律行為を委託されるというのは十分にありえ、その際にはこれらの行為について彼らは受任者であり、委任の規定に服する。ただし建築士におけるこの委任は、いまや例外的な性格を有するから、民法典1985条に従って、その証明がもたらされるべきである（Saint-Alary, *Droit de la construction*, 1977, p. 555.）。

(246) 注文者の土地に建築される建造物について、所有権者（支配権者）となる注文者が貸主で、請負人が借主であるとしていた Pothier の請負理論では、請負人（借主）が仕事をなす上でどのような義務を果たさなければならないかが、個別的に定められていた（坂本武憲「フランスにおける建築請負契約の基本法理」北大法学論集29巻3・4号399頁以下参照）。

の確保であるとするのが、一貫した法的推論となるのは否定しえないであろう。実際にフランスの学説では、手段債務と結果債務の区別に立脚しながら⁽²⁴⁷⁾、注文者は単に建築上の技術規則にかなった建造物を取得しようとしてだけ意図しているのではなく、契約で約定された諸々の質を示し、すべての欠陥から免れた建造物の取得を意図しているがゆえに、請負人は結果債務（外的原因の証明によってだけ請負人は責任を免れうる）を負うとの理論が提唱・支持された⁽²⁴⁸⁾。しかし後述する1978年1月4日の法律（cf. D.S.1978 leg.74.）が、建築上の瑕疵について特別な—法律上当然に負う—担保責任制度（新1792条以下）を創設して以降は、受領以前の仕事に従事

(247) 本稿では、この区別に関する詳細に深入りしないが、代表的教科書では次のようにいわれている。「結果債務とは、その表現が示す通りある特定の結果を目的としている。例えばある供給品の取引では、供給者はこれこれの商品をこれこれの期日に引き渡す債務を負い、他方で買主は代金を支払う債務を負う。例えばまた輸送契約では、輸送される物を—あるいは旅行者を—目的地に至らせる債務を負う。債務者はその結果が達成された場合にだけ、彼の債務を履行する。この明確化は、不履行を確認することおよびその責任に関する諸結果を確定することが問題であるときには、重要である。

手段債務は債務者がそれにより、成し遂げるべき務めに適切な手段を用いる債務、注意と勤勉を示すことの債務、彼の最善をなすことの債務、のみを負うものであり、それは債権者に彼が望んでいる結果をおそらく達成させることであろう。しかし彼はある結果を達成するように努める義務を負うとしても、彼がその達成に至るまでの義務はない。そこで、医者は患者を治癒させる義務は負わず、単に学問の既得の所与に従った丹念で注意深い治療を彼に提供する義務がある。

この古典的態様で提示される区別は、その実務的利益が主として証明の領域で現れるので、一層のこと多くのニュアンスを伴う。簡単には実際こういえる。結果債務の不履行は債務者の過失を推定させうるのに対し、手段債務が問題である場合には、過失は債権者により証明されるべきである（Terré, Simler et Lequette, *Droit civil, obligations*, 7^{éd.}, 1999, p. 7, n°6）。

(248) Saint-Alary, *op. cit.*, p. 568 et suiv. H.L. et J.Mazaed, *Leçons de droit civil*, t.3 5^{éd.}, 1980, 760 et suiv.no1348. Boublil La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs 1979, p. 11, n°19.

(249) Labarthe et Noblot, *op. cit.*, p. 406, n°721.

する請負人の一般法上の責任は、結果債務に基づいているとか⁽²⁴⁹⁾、建築請負人は1792条以下の特別な制度を免れる領域で、一般的に結果債務を負っているとか⁽²⁵⁰⁾、更には注文者の特別な保護の責任制度を有する不動産建築は別にして、請負人が合意された期間内に製作された物を引き渡さない場合には、結果債務の性質決定は争われないなどの記述がなされている⁽²⁵¹⁾。建築請負契約は、国土の内に不動産を創造するための法律行為であり、その完全性の追求は注文者の利益だけではなく、公序（社会の一般利益）にも属するとの判断の下に、これまでなされてきた工事の技術的・工学的イニシアチブの建築家への移転に加えて、遂に立法者自身がイニシアチブをとって、この法律により強行規定による規律に乗り出したことから、このような学説の説示がなされているものと思われる（詳細は後述）。

更にフランスの学説が、次第に重要性の認識を深めてきている論点がある。それは、技術の進展につれて、現場で仕事にあたる請負人達が、ますます細分化された様々な工事分野の専門職とならざるをえない趨勢において、建造物の一つの有用性を実現するのに必要な、請負人達の連携はいかに図られるべきかという問題である。前述のごとく、かつては建造物自体の所有者（支配権者）となる注文者が、労務・役務賃貸借契約の貸主とされていたので（前掲注246参照）、そのような理論構成からは、複数の請負人の連携確保のイニシアチブもまた、注文者にあるものとされたであろう。しかし、次第に専門業者としての請負人のイニシアチブに依拠して、彼らの工事により建造物の有用性を確保する、顧客（client）とみるべきものとされる法的見地からは、かかる連携もまた原則的に、請負人の側で負うべき課題とされることとなる（ただし、私的工事においても、斡旋事業者・promoteurが注文者である場合には、そこに所属する技術研究事務所をして連携化をなさしめるのもめずらしくなく、その際には注文者の責任引

(250) Bénabent, op. cit., p. 378, n°540.

(251) Bénabent, op. cit., p. 378, n°540.

受が問題となりうるとされる（詳細は後述）。

請負契約に関する法的枠組みの中で、請負人の内にそのような職務を十分に果たす主体を求めるという見地だけからすると、注文者から全工事を請け負い、それを下請契約（*sous-traitance*）で実現する全体的請負人・元請負人（*entrepreneur general*）に行き着くであろう（それゆえ下請人保護に関する法的規律も詳細である）。しかしこれはどちらかといえば小規模な工事で行われやすく、大規模な請負工事で採られるのが多いのは、あるグループをなすに至る請負人の各々が、注文者と個別的な請負契約を結び、その内には、現場における各請負人の連携化の職務をも担う先導役請負人（*entrepreneur-pilote*）——大抵は大工事の請負人が担う——が存在するとのシステムであるとされる⁽²⁵²⁾。

（c）技術士と注文者との建築契約

建築士の職務の実効性ある独占化は、ビシー政府による1940年法には盛り込まれず、ようやく1977年の建築術法において、妥協的に規定がなされるまで、その状態は続いてきた。そこには、建築士が伝統的に担ってきたますます広範となる職務について、それを補完するあるいは実質的に取って代わる別な職業の存在が、建設現場での円滑で安全な工事の進行や、複雑化を増大させている建造物の品質の確保等々のために、必要であるとの判断を、建設実務関係者の間に定着させてきた、以下のような事情が存するであろう。

時の経過とともに、建築士自身が工事の構想の段階で、建物の工学顧問士（*ingenieur-conseil*）——例えば鉄筋コンクリートの、暖房の、防水性の研究のための——のような技術士に、助力を依頼するのは頻繁となり、更には注文者が直接にこのような者と契約したり、ある場合には建築士に全体

(252) Larger, *op. cit.*, p. 171 et suiv. Malinvaud, Jestaz, Jourdin, et Tournafond, *op. cit.*, p. 71, n°72. Boubli, *Le logement*, 1985, p.85 et suiv.

的に取って代わる技術研究事務所 (Bureaux d'étude technique) と契約することもあったとされる。また、工事の施工の段階でも、伝統的には彼が計画書を作成した工事に対してなしてきた指揮・監督や、請負人からの出費を正当化する工事明細書などの書類の受領も、特に大規模な工事では技術研究事務所などの他の職業者に全部または一部が委託されていたとされる。

このような動向に、建築費用の検証をなす積算士 (mètreur-verifyateur) が加わって、建築士には美学、技術士には技術、積算士には工事の経済性、という一種の三部作が確立されており、また建築士に代わって現場の組織化とその後を担う現場先導士 (pilote de chantier) という職業の出現までも見ているとされる⁽²⁵³⁾。

立法者はまず、1967年1月3日の法律で、民法典1779条3号を、「計画調査、見積書、請負書による建築士、工事請負人、技術士のそれ(賃貸借一筆者)」と改正して、工事のための労務・役務賃貸借契約となる範囲について規定上の拡大をなし、また1792条-1では、1792条の責任(受領後の瑕疵担保責任)を負う建築者として、すべての建築士、請負人に加えて「技術士、あるいは請負契約(労務・役務賃貸借契約)により注文者と結ばれている他の者」を併記する改正へと進み、技術士や積算士などに請負契約の独立の主体となる地位を承認した。

そして、建築士の地位を定める1977年法においても、立法者はこれらの職業者の活動を建築士の職務の独占化により排斥しない、慎重な(妥協的な?)配慮をなしている(前掲注229参照)。すなわちその3条1項は、建築許可申請の客体をなす建築計画書の作成について、建築士には顧客が必ず彼に依頼すべしという意味での独占が認められているけれども、顧客は

(253) Saint-Alary, op. cit., p. 547 et suiv. Soinne, La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux, t.1, 1969, p. 36 et suiv. n°16. Malinvaud, Jestaz, Jourdin, et Tournafond, op. cit., p. 87 et suiv., n°86 et suiv.

建築の構想に個人的にあるいはチームで参画する他の者にも委託するのを妨げないと規定しているし、伝統的に建築士が果たしてきた、これより広い職務については先の意味での独占がなく、建築士にも委託できるが、他の者にも委託しうる前提を示す規定としている（特に工事の指揮については同条3項参照）。

更に注目すべきは、技術監査士（*contrôleur technique*）という職業が、建設・住居法典により法定されていて、その活動のためには一定の職業的資格取得と職業的道德性を考慮しての、承認委員会（*comission d'agrément*）の意見に基づく建設担当大臣による承認の交付が必要とされ（建設・住居法典 L.111-25条）、その職務の内容も工事の実現において遭遇されうる様々な技術的偶発事の可能性を予防することと定められており、また介在の仕方も注文者の求めにより技術的領域の諸問題に一特に工事の強固性や人の安全性に関する（建設・住居法典 L.111条-23）—意見を述べるとされていることである⁽²⁵⁴⁾。

こうして実定法は、社会全体に帰属することとなる建築工事の構想と施工に関して、知性的活動をなす職業の存在を、着実に認めてきている。

[D] 新たな「建築予定不動産売買契約」の法形式

（a）所有権（名義）への到達・就位取得の概念について

この新たな契約類型は、後述する通り1967年の立法により創設されたものであるが、その説明に入る前に、この時期から頻繁に使われ始め、この契約類型に関する学説の説示にも幾度も登場する、所有権（名義）への到達・就位取得（*accession à la propreté*）および所有権（名義）への到達・就位取得者（*accedant à la propreté*）という概念が成立した理論的背

(254) cf. Malinvaud, Jestaz, Jourdin, et Tournafond, op. cit., p. 89 et suiv., n°89. Boubli, op. cit., p. 86 et suiv. なお特別に、この技術的監査に義務的に服する建造物が、法定されている（R.111-38条）。

景と考えられるものを、所有権概念の変遷との関係で探求しておきたい(もちろんこの概念が頻繁に使用され始めた社会的背景として、フランス政府が近時に進めてきた市民を住居の所有権者の地位にできるだけ就かせようとする政策があるのは否定しえない)。

カントは、経験的占有・支配と区別された法的占有・支配を考え、それは現実の人や物の要素が捨象されて、自由に行為しうる法主体者(抽象的人格)としての人々と、そのような行為のできない被支配客体・客物との間で、その占有・支配可能性が、一人の法主体者にのみ確保されている観知的占有という意味(理性的存在者としての人一般に対してもつ意味)のものであると理論化していた。そしてこの既に自然法上で暫定的にはあるが承認されるべき法的占有・支配は、市民の結合された意思に基づいて創設される市民制的体制において、現実の法上法則(実定法)により確定的な権利(物権)となるとされていた⁽²⁵⁵⁾。更にこの権利に関する譲渡についても、ア・プリオリな理論を思惟し、この権利が同一性を保って間断なく移譲されるためには、譲渡人と譲受人との共同の意思を介して、この権利がまず彼らの共同所有(共同名義)となり、その後譲渡人が自己の持分を放棄して、譲受人に取得させるという意味の事柄になるとしていた⁽²⁵⁶⁾。

フランスの20世紀の学説は、かかるカントの理論への接近を続けてきており、まず Planiol は所有権を現実の物や現実の人(所有権者)とも異なる何かとする道へと進み、構成体学説の提唱者である Hauriou は、これを構成体(社会的組織)の中で確立された地位とも法的権限とも呼んでいた。Planiol はこのような観念的理解に基づいて、所有権の譲渡を所有権者に

(255) 坂本武憲「序論—カントの演繹的行為規範学(12)」専修法学論集127号(2016年)87頁以下参照。

(256) 坂本武憲「序論—カントの演繹的行為規範学(13)」専修法学論集128号(2016年)5頁以下および注636参照。

属する物に対する使用収益と消費の権利（所有権者の権利）を譲渡するのであり、そして彼の権利を処分する可能性は、何ら所有権に特有なものではなく、ある少数の例外を除き原則としてすべての物的権利に共通するとの説を唱えた。そしてその後の学説による、所有権はそれ自体が譲渡される固有の存在を具えているのかという批判にもかかわらず、Barbieri は所有権（法が保障している最も大きな諸特権の束が所有権という意味のものだという）の譲渡について、権利自体は不動であり権利の方が交替するとの Planiol が示唆していた方向を踏襲して、権利の正当名義人（titulaire）という用語を導入するとともに、権利の譲渡とはこの正当名義人の交替であり、これによって titularité = 権利者名義（自己の名で権利を行使しうる利益）が譲渡人の総資産から逸出（消滅）して、譲受人の総資産に参入（発生）するとの理論を確固たるものとしていた⁽²⁵⁷⁾。ここでは法が用意している所有権者の地位は、現実の人によって表されるのではなく、所有権そのものが、特定の法主体により各々の被支配客体・客物につき享有されうるように、法の用意している所有権者の地位と表象され、所有権の譲渡とはこの意味での所有権者の地位についての正当名義人の交代であり、またその原始取得とはまだ正当名義人のいない、法が用意している所有権者の地位に初めて就位するという意味となる。

以上の理論によれば、所有権の取得とは、それが原始的であれ承継的であれ、特定の法主体者が各々の客物について、法が用意している所有権者の地位に、正当名義人として到達・就位するという意味である次第となり、現に学説は不動産取引の分野で、売買による不動産所有権の承継取得にも、請負による不動産所有権の原始取得にも、所有権への到達・就位取得という用語を区別なくあててきている。おそらくそこには、不動産の商品化という動向が進むにつれて、商品化されている対象は、不動産の全部または

(257) 前掲 4・(1)・[C]・γ 参照。

一部についての所有権者の地位を表す所有権であり、更にいえばそれを自己の名で行使しうる利益である所有権の権利者名義であるとの認識が、意識するとしないとにかかわらず、浸透してきている事情が存するであろう。かくして、新たに創造される物の、所有権の原始取得を意味する添付 (accession) よりも、所有権 (名義) への到達・就位取得は広い概念であることをまず指摘しておいて、建築予定不動産売買という契約類型の説明を始めたい。

(b) 民法典に挿入された関係諸規定の検討

立法者が1967年1月3日の法律で創設したこの契約類型は、世界大戦による破壊や都市への人口流入による住宅危機に直面して、不動産を商品化する斡旋事業者 (promoteur) が、主として大規模な集合住宅を建設するための資金の調達の要請と、かかる住宅所有権 (名義) への到達・就位取得者 (accédant) の需要とを適切に連結しうるようにするために、いくつかの試行錯誤の後に民法に挿入されたものである。つまりこの契約が目指している目標は、一方で住宅所有権 (名義) への到達・就位取得者を事業資金の拠出に参加させながら、他方で斡旋事業者によりその建設が完成されない場合や不完全な建築がなされる場合の危険から、就位取得者を保護することにある⁽²⁵⁸⁾。

また後にみるごとく、この契約の将来の工事による建造物の原始取得の効果についていえば、ここでの到達・就位取得は、もはや主たるもの・従たるものの原則による契約外的な所有権取得を意味するものでは全くない。むしろ斡旋事業者は、将来建築される建造物の全部またはその一部の、所

(258) この契約類型が創設された社会的背景、およびこの類型に至るまでに採用された、いくつかの法形式の概要、そしてそれに代わってこの契約類型が最終的に採用された理由などを紹介するものとして、坂本武憲「フランスの新たな不動産建築契約について」北大法学論集31巻3・4合併号上巻(1981年)1097頁以下がある。

有権を原始取得させるという効果が法的に承認された（組み込まれた）契約への申込みまたは承諾によって、そのような契約が可能とする取得を望む者に対して、所有権（名義）への到達・就位取得者（*accedant à la propriété*）となるようにとの勧誘と募集に努めるのである。換言すれば、将来の工事に係る建造物について、この契約で買主が対価を支払うのは、売主が建築義務を負うこの建造物の全部または一部について、契約がその効果として原始取得させるはずの所有権者の地位であり、そうならせる契約上の買主の権利を取得するのである（契約上の買主たる権利が基礎となって、それが原始取得させるはずの所有権者の地位への到達・就位取得が可能となるシステムなのである）。そこから、売主より買主への土地所有権（または土地利用権）の移転や既に存在する建造物の所有権移転が、この契約に付与されている効果として認められるのと同様に、売主が建築義務を負う将来の工事に係る建造物の所有権の取得についても、民法712条を介して民法552条や553条が定める添付原則に従って契約外的に規律されるのではなく、この契約が要求する売主と買主（所有権名義への到達・就位取得者）間の利害の調和にできるだけ適合させて規律されているのを見ることができる。

以下では、この契約類型に与えられるべき法形式に関して、民法典に挿入された条文（その後の1967年7月7日の法律で、必要と判断された条文の手直しが加えられている—cf.J.C.P.Ⅲ33222.）を中心に、その概略を紹介したい。

1601条-1 第1項《建築予定不動産売買とは、それによって売主が契約で定められた期間内に、ある不動産を建築する義務を負う売買である》
第2項《それは、条件付きで、あるいは完成未到来状態で、締結される》

この契約を定義する第1項は、売主の義務を強調して、「契約により定められた期間内に不動産を建築する義務」をこの契約の基本的要素とする

が、売主が建築する義務を負うのであるから、その物の現実化は彼の活動にかかっている、それゆえこの契約は売主が不可抗力を除いて、不動産を存在させなければならない実定的契約 (*contrat commutative*) であり、その存在が買主の単なる希望にとどまる射倖的契約 (*contrat aléatoire*) ではないと性質決定される⁽²⁵⁹⁾。判例もこの契約が締結されたと認定するためには、売主によるこの義務の負担を確認するのが不可欠であるとしているという⁽²⁶⁰⁾。

この1項の定義は、同時に請負契約にもあてはまるものであるが、二つの契約の相違は、請負契約では注文者に帰属する土地に、請負人が建築するのに対し、建築予定不動産売買では売主が土地の所有者であり、この同じ契約で売主はその所有権を買主に移転し、そして買主のために建築する義務を負うところにある⁽²⁶¹⁾。またここでいう不動産には、当然ながらそれが特定性をもつ時から、不動産の一部の場合を含む⁽²⁶²⁾。

2項は、建築予定不動産売買で用いられる法形式には、完成未到来状態における売買 (*vente en état future d'achèvement*) と、期限付売買 (*vente à terme*) の二つがあることを規定している (1967年法6条は、居住使用あるいは職業使用の不動産または不動産の一部の、所有権移転を目的とし、そして買主の義務に建築完成前の代金支払の履行や預託金の履行を含むすべての契約は、以下の条文で規定されるこれら二つの形式のどちらかでなされなければならない—さもなければ無効—と定めている)。そして立法者はこの両者について、当事者が負う義務の態様だけでなく、所有権取得

(259) Saint-Alary, *La vente d'immuebles à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction*, J.C.P., 1968, n°8 et suiv.

(260) Malinvaud, Jestaz, Jourdin, et Tournafond, *op. cit.*, p. 342., n°332.

(261) Malinvaud, Jestaz, Jourdin, et Tournafond, *op. cit.*, p341, n°331. Auby et Périnet-Marquet, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 2éd., 1989, p. 503., n°856.

(262) Saint-Alary, *op. cit.*, n°9.

の仕方も異ならせている。まず実務でより多く採用されているといわれる⁽²⁶³⁾、前者に関する条文から掲げたい。

＊ 完成の未到来状態における売買

1601条-3 《完成の未到来状態における売買は、それによって売主が即座に彼の土地に対する権利、並びに存在する建築の所有権を移転する契約である。将来の工事はそれらの履行に応じて、取得者の所有権となる。取得者は工事の進行に応じて、その代価を支払う義務がある。売主は工事の受領まで注文者の権限を保持する》

売主が土地の所有権をもっている必要ではなく、例えば建築負担付賃貸借や永代（長期）不動産賃貸借、あるいは不動産（使用収益）許諾などによって、建築する権利を有していればよいとされ、この点で土地に対する諸権利といている、この条文の柔軟な定式は、適切であるという⁽²⁶⁴⁾。そして最近の集会的建築の商品化が問題であるときには、土地の権利の移転は各売買につき、その権利の割合的単位群（millièmes）が対象となるとされる⁽²⁶⁵⁾。

この土地に対する権利と、現存する建築の所有権についての即刻の移転、更に将来の工事の所有権に関する履行に応じた取得は、取得者を売主の予期せぬ破産の結果から保護し、彼がそこにおいて取戻権者の地位をもって参加するのを可能とする⁽²⁶⁶⁾。

学説は、買主の将来の工事の所有権に関する、履行に応じた取得を、添付取得として説明する。ある学説は移転される所有権だけでなく、建築負

(263) Dagot, La vente d'immeuble à construire, 1983, p. 54, n°108. et p. 215, n°389. その理由については後述。

(264) Malinvaud, Jestaz, Jourdin, et Tournafond, op. cit., p. 380, n°369. Dagot, op. cit., p. 217 et suiv., n°393. Auby et Périnet-Marquet, op. cit., p. 532, n°897.

(265) Malinvaud, Jestaz, Jourdin, et Tournafond, op. cit., p. 380, n°369.

(266) Saint-Alary, op. cit., n°25

担付賃貸借あるいは不動産（使用収益）許諾における、「ある物権」の権利者（権利名義人）の利益のために機能する添付であるといい⁽²⁶⁷⁾、ある学説は取得者に移転された土地所有権に、建造物の様々な構成要素が添付により付け加わり、また建築負担付賃貸借または不動産（使用収益）許諾の場合は所有権者が賃借人や被許諾者に利益となるように、彼の添付権を放棄するのだという⁽²⁶⁸⁾。他の学説は、多少の疑義があるとも指摘しながら、立法者は土地に対する諸権利の名義人がその上に建築された建造物の所有権者となるとの、添付の原則をここで適用したとする⁽²⁶⁹⁾。しかし添付取得の仕方を、立法者は二つの契約類型で異ならせたということからみて、添付は法定取得であるが（前掲注202参照）、契約類型ごとにその内容に合わせて、しかし各類型において画一的に規定しようとの発想にむしろ立っているように思われる（詳細は後述（c）参照）。

買主の代価支払について、この条文は「工事の進行に応じて」と告示し、土地の代価と現存する建造物のそれは、契約の日に即刻の支払を売主が買主に請求しようと明示していないが、しかしそれを暗黙に前提としているのは自明であるとされ、つまりは代金の支払が物の引渡に結び付けられているのではなく、所有権の移転に結び合わされているのだと学説は補足する⁽²⁷⁰⁾。ところで、この所有権移転・取得に結び合わされた代金支払のシステムは、取得者には危険でありうる。というのも、取得者は労務・仕事

(267) Dagot, op. cit., p. 221, n°401.

(268) Auby et Périnet-Marquet, op. cit., p. 532, n°897.

(269) Malinvaud, Jestaz, Jourdin, et Tournafond, op. cit., p. 381, n°370.

(270) Saint-Alary, op. cit., n°31.

(271) Auby et Périnet-Marquet, op. cit., p. 533, n°898. そこで住居などの「保護分野」でなされる完成未到来状態での売買では、不動産の完成の担保またはなされた支払の償還の担保の制度が導入されている（建設・住居法典 L. 261-12）—詳細は Malinvaud, Jestaz, Jourdin, et Tournafond, op. cit., p. 432 et suiv, n°434 et suiv. Pourmarède, Les garanties financières de la promotion immobilière — Le droit de la promotion immobilière, 50ans après la loi du 3 janvier 1967参照。

の進行に応じてだけ代金を支払うとはいっても、建築を良い結果に導く能力がない売主に直面して無防備だという懸念はありうるからである⁽²⁷¹⁾。そうすると、彼の支払の対応物は土地の所有権と、再利用が不可能な材料の蓄積とだけになるであろう。そしてこの点で、期限付売買が不動産の完成前には代価の支払がありえず、資金の預託の設定のみがある（後掲注279参照）との特性をもつのと、決定的に異なっているとされる⁽²⁷²⁾。

なおこの条文は最後に、土地や現存する建築の所有権が買主に移転しても、注文者の権能・権限は移転することなく、売主が保持するとの規定をなすが、これはこの移転後も建築義務の負担者であり続ける売主には、そのためのイニシアチブを注文者として保持し続ける負担が課されなければならないとの考慮に基づいている点で、学説は一致している⁽²⁷³⁾。

* 期限付売買

次に期限付売買の条文を見てみよう。

1601条-2《期限付売買とは、それによって売主が、その完成時に不動産を引渡す義務を負い、買主がその引渡を受けて引渡の日に、その代金を支払う義務を負う契約である。所有権の移転は不動産の完成の公正証書による確認によって、法律上当然に行われる。それは売買の日に遡ってその効力を生ずる》。

この規定から、先に指摘した点、即ち期限付売買は引渡の日に代金の支払をするのであるから、完成未到来状態における買主の危険とは無縁な契約類型とされているのを、容易に読み取りうる。しかし、この規定が定める所有権移転・取得はどのようなものなのか、そこからまたこの契約類型が、どのような性質をもつ契約なのかについては簡単ではなく、学説でい

(272) Dagot, op. cit., p. 221, n°402.

(273) Saint-Alary, op. cit., n°25. Dagot, op. cit., p. 223, n°406. Malinvaud, Jestaz, Jourdin, et Tournafond, op. cit., p. 381 et suiv. n°371.

くつかの指摘がなされている。

まず、実務がこの契約類型に与えた呼称はただ便宜だというだけで、その実相には合致しておらず、その訳は仕事の完成が売主の活動に依拠する、将来の不確実な出来事だからであると指摘される⁽²⁷⁴⁾。では、この出来事を条件と考えて、期限付売買はそれ自体では条件付売買で、仕事の完成が遡及的に期限付売買を単純な売買に変更させると考えるべきか。それも現実とは異なっているとされ、その理由はこの契約類型が所有権移転・取得の効果を遡及させるとしたのは、契約の効力発生を契約に外的な出来事に係らしめるためなのではなく、売主が契約締結から完成までの間に、この不動産に物権を設定したり、不動産を再売却して取得者が第一の買主より前に、その証書を公示することから生ずる危険（物権を負担したり追奪されたりする危険）から、買主を保護する目的での効果付与なのだから、単純な売買にそれに外的な出来事を条件として付した契約ではないからだと言明される⁽²⁷⁵⁾。

(274) Saint-Alary, *op. cit.*, n°28.

(275) Saint-Alary, *ibid* によると、条件付き売買のように理論化する学者もいたと指摘される。また Dagot, *op. cit.*, p. 764, n°1531. は、ここでの期限は真の期限ではなく、所有権移転義務と代金支払義務が完成に服せしめられている単なる態様 (*modalité*) といいうる（契約は成立しているが、その主要な効力であるこれらの義務を、完成時に牽連的に履行させるために契約の効力の発生を完成時とする態様・停止条件といいうる）とし、他方で遡及効は条件の基本的性格であるから、ここでの期限付売買は現実には条件付売買であると結論しようといい、そのことは土地公示に関する建築・住居法典 R. 261-3（後述）がそう了解していることから解るとする。更に p. 766, n°1540. では、期限付売買における遡及的所有権移転は完成された不動産を対象としていて、その移転は包括的性格をもつとし（契約内での出来事である完成を待つてなされる遡及的包括的所有権移転）、この点が期限付売買を完成未到来状態での売買から異ならせるものであると記述している。これらから判断すると以下の本文で述べるように、かかる移転は買主の代金先払いの危険と完成までの売主による処分からの保護を目的とする手段として採られていて、契約に外的な出来事（停止条件）に効力発生をかからしめる目的のものではないという理解に依拠していると思われる。

結局のところ立法者は、完成未到来状態での売買が買主にもたらす可能性のある危険を無くさせるために、まず所有権の移転・取得の効果を完成時まで遅らせ（完成確認がこの効果の発生事実であるとされる）、他方で今度はその遅らせたことから買主に生ずる危険の予防措置として、所有権の移転・取得の遡及効を定めただけで、契約時における当事者の目的が、土地の所有権（または利用権）と契約時に現存する建築の所有権移転、および将来の工事の所有権の添付による取得にあるのは、完成未到来状態での売買と異ならない（ただそれらの移転・取得時期だけを当事者の利害関係に留意して別異に調整する）との認識に基づいて、この契約類型を定めたという結論となろう⁽²⁷⁶⁾。

この条文は、売主の引渡義務と買主の代金支払義務について、一般法（民法典1651条）に従い、緊密で必然的な相互依存を確認しているが、なお準強行的な価値をも有しており、それはもしも代金支払が引渡以前に弁済期にあるとの約定がなされる場合には、この法律の意味における期限付売買は存在しないとの確認を含むという点であるという⁽²⁷⁷⁾。

ここでの期限付売買は、停止条件付売買と同様に、土地の公示の規定に従うと規定される（建設・住居法典 R. 261条-3）。完成未到来状態の売買とは異なり、公示が要求されるのは、それが定める遡及効との関係で、第

(276) Saint-Alary, *ibid* は、期限付売買の特別な性質について、それは完成未到来状態での売買と同じく将来の物の売買であるといい、そして n°24ではまず完成未到来状態での所有権移転・取得がいかなるものかを再度確認して、期限付売買はこの移転を不動産の完成まで、より正確には不動産の完成の公正証書による確認まで遅らせていると説明している。

Malinvaud, Jestaz, Jourdin, et Tournafond, *op. cit.*, p. 384, n°375. も、未到来状態での売買と異なって、土地と現存する建造物の所有権移転についても、将来の工事の履行に応じた所有権の取得についても、契約の締結によって生ずるのではなく、その移転は後の日時へと遅らされていると記述している。

(277) Saint-Alary, *op. cit.*, n°31.

(278) Malinvaud, Jestaz, Jourdin, et Tournafond, *op. cit.*, p. 385, n°377.

三者がこの効力の被害者となりえないようにするためだとされる⁽²⁷⁸⁾。

ところで、この期限付売買は、低廉家賃住宅の諸組織が売主として合意する場合を除いて、実務ではほとんど用いられておらず、数多く利用される未到来状態での売買とは対照的な実情にあるという。その理由の第一は、この売買の売主は自己資金によるか、獲得するのが難しくまた高くつく信用貸による資金繰りを負担しなければならず⁽²⁷⁹⁾、その点で買主からの弁済が売主に順次に流れ込み、銀行の信用貸を限定しうる完成未到来状態の売買の方が、はるかに利用を促すことがいわれる。そして第二には、この売買が様々な理由で込み入ったシステムとなっていて、この売買の成立のため、および完成確認のためには2つの公正証書の作成が要求されるなど、補充的費用と複雑性を伴う事情が指摘される。更にそれらを要約してこう付け加えられえる—「要するに、期限付売買は実務では、完成後の通常的不動産売買 (vente clés en main) と同様に費用がかかるのに、だが同じ柔軟性を示すのでもなく、斡旋事業者に同じ自由を与えるのでもない」⁽²⁸⁰⁾。

(c) 小 括

建築予定不動産売買の概要は、おおよそ以上のようなものであるが、ここで商品化されているのは不動産そのものではなく、2つの契約類型によって取得方法（到達・就位取得の方法）がそれら契約の目的に適合させて定められているところの、不動産の全部または一部の有用性を排他的に確保しうる所有権者の地位（まだ正当名義人をもたないものを含めて）というべきであろう。そしてこれらの契約類型が、所有権取得方法などの効

(279) そこで住居の分野では、取得者が仕事の進行に応じて、銀行になす担保預託金の約定がなされうるとの規定が置かれている（建設・住居法典 L. 261-12）—しかしこの預託金は完成まで封鎖されていることなどの詳しい詳細は Malinvaud, Jestaz, Jourdin, et Tournafond, op. cit., p. 387 et suiv., n°381参照。

(280) Malinvaud, Jestaz, Jourdin, et Tournafond, op. cit., p. 388 et suiv., n°383.

果を定めるにあたっては、当事者としてこの契約に直接の利害関係をもつ売主と買主の、双方の立場に配慮して、まず完成未到来状態の売買は、将来の工事について所有権者の地位を意味する所有権を分量化して、それが履行されるのに応じて買主が段々と名義人となりつつ所有権者の地位に到達・就位取得（土地の所有権の拡大という添付権の発想による支配権の拡大・取得ではなく、所有権者の地位の数量的な取得）をなしてゆき、それに対応して代金支払を進めてゆけばよいとの法技術を用いている。次に期限付売買では、移転・取得される権利の内容は、建築予定不動産売買に共通な、契約時を基準としての土地および現存する建築物について承継取得されるそれらの所有権、そしてこの契約が共通に定める添付により原始取得される将来の工事の所有権なのであるが、その取得時期だけを法技術的に仕事の完成時まで遅らせるとともに、その取得に契約時までの遡及効を認めて、買主の代金先払いの危険や、売主による物的権利の設定の危険から買主を保護しながら、売主の引渡義務と買主の代金支払義務とを相互依存の関係に立たしめて、双方の立場に配慮しているのである。

ここに定められた添付による所有権の原始取得の仕方は、法が各契約類型について画一的に定めた取得方法という意味での法定取得なのであって（前掲注202参照）、すべての添付取得が712条を介して552条と553条に従うという意味での法定取得ではないというべきであろう（しかしここでも、建築予定不動産売買は、その上に売主が建築義務を負う土地所有権（土地利用権）を譲渡するとの前提が、契約上の原因として機能し、将来の工事の所有権については、この契約が定める添付—所有権者の地位に原始的に就かせる方法—に従って原始取得する目的をこの契約は含んでいると、当事者をして考えさせている面も無視すべきではない）。まだ享有する法主体者（正当名義人・就位取得者）のいない、これからの工事に係る新たな不動産の所有権者の地位を、ある契約類型で商品化するためには、法がその契約の目的や与えるべき機能に適合させて、所有権の原始取得の方法を

法定取得（添付）として画一的に定めなければならない、そのことを明瞭に知らしめたのが1967年法であるという評価も、少なくとも可能ではあるだろう。

〔E〕受領後の瑕疵についての建築家の責任

不動産の新たな創設・改設である建築について、注文者にその工事の技術的な面におけるイニシアチブがあるとの理論は、特にこの者の工事受領後における建築家の瑕疵担保責任を定める、民法典の1792条と2270条の立法段階から、先に示したように否定され始めており（前掲3・（2）・〔C〕参照）、そしてまたこの問題に引き続いて直面することとなった19世紀の判例も、そのような姿勢を踏襲してきた（前掲3・（2）〔D〕参照）。その背後には、土地の絶対的所有権者である注文者は、その上に創設・改設される建築物の絶対的支配権者でもあるべきだとする推論に導くところの、それゆえ注文者は随意に建築工事を進めうるとの帰結へと導くところの、旧来の所有権理論の衰退がある。代わって、土地と建物自体は社会全体に帰属しているのであり、注文者が有する所有権は、その土地や建物の有用性を排他的に確保しうるように、法が与える権能・権限という意味のものであり、ゆえに注文者は創設・改設される建物自体が社会全体に帰属するという面から、その工事についてのイニシアチブが制約され、その建物にいかなる有用性を望むかという限度でだけそれは承認されるとする理論の定着が、確認されてゆかなければならない。

こうして、建物の建築工事における技術的・工学的側面でのイニシアチブは、注文者の契約の相手方となる建築家に、移されてゆくのであるが、もちろんこの動向は、注文者の工事受領後における建築家の瑕疵担保責任にも、以下の問題点を通じて決定的な影響を及ぼす。その第一は、注文者による受領がもつ法的意味についてであり、フランス民法典の立法にあたって、労務・役務賃貸借契約に従って完成された製作物を、注文者が受

領した時には、その契約上の債務の完全な履行がなされたと承認したのであるから、その後にはもはや労務・役務賃貸人の責任を問えないのが原則であり、前掲の二条文はその要件に適合する建築上の瑕疵（大工事における瑕疵）に対してだけ受領後における責任の存続を、例外的に（特別に）定めたとする意義付けの正否である⁽²⁸¹⁾。第二には、建築家はこの二条文とは別の条文を介して、建築上の瑕疵につき第三者や注文者に対して責任を負う場合があるのか、特にこれら二条文が定める10年の期間を超えて、責任に服せしめられる場合はあるのかが問題となる。続いて第三には、これら二条文が定める瑕疵担保責任での、建築家の過失に関する立証責任の問題があり、19世紀の判例は定額請負人については過失が推定されるけれども、それ以外の請負人や建築士に対しては、注文者が1382条等により過失を証明しなければならないとする判示をしていたが、特に建築士につい

(281) 先に簡単に触れておいたように（3・（2）・[D]・注35参照）、19世紀の学説ではこの両条文が定める10年の期間制限について、それが建物の強固性に関する検証期間だけを規定するものか、それとも訴権提起期間をも併せて規定するものなのかが、激しく争われていたが、19世紀末に破毀院は同一事件についての民事部判決を覆す連合部判決により、こう判示して後者の見解に与する立場を明らかにした—「1792条と2270条の組合せからは、立法者は工作物の受領の時から10年の単一期間の内に、1792条が建築士と請負人の負担において定めている責任と、この条文が建造物—この期間内に建築上の瑕疵によって更には土地の瑕疵によって—全部または一部において滅失したところの—の所有権者に与えている担保訴権とを含ましめるように意図しており、その帰結として10年の後には—建築士および請負人は過去についての並びに将来についての一切の責任から解放される」（Cass.ch.réun., 2 août 1882 D.P.1883 15）。

この判決は、不動産建築の分野で、解決困難な訴訟の増大を回避するために、受領により工作物の排他的利用を始める注文者（所有権者）に、その時点から10年以内での瑕疵の発見と訴訟の提起に努めるべしとする要求を、ここでの期間制限に含ましめようとするものと評価しうる（この判決が依拠する検事長（procureur général）Barbierによる意見陳述は、起草者および彼らが準拠しようとしたフランス古法やローマ法律全集の意図するところが、そのようなものであったとする、各種資料の検証に基礎をおいている）—詳論は避けるが、この時期の主要学説による本判決についての評価も、まだ分岐している（判決支持 Planiol et Ripert par Rouast, op. cit.,

てそれは維持されるべきなのかが問われる。そして第四には、注文者が建築工事を複数の専門分野ごとの請負人に、それぞれの労務・役務賃貸借契約で請け負わせたり、加えてその工事に知的労務・役務を提供する建築士や技術士との労務・役務賃貸借契約を併せてしている場合に、それぞれの者は自己の技術規則や職業規則によって労務提供する債務を負っていると考えるべきか、それとも建物としての有用性を注文者に確保させるという一つの目的で統合された共同的義務—責任の全部義務（obligations in solidum）に裏打ちされた—を負っているとみるべきか、という点が問題となる（説明の便宜上からこの第四の論点（横の牽連関係）に、注文者からの取得者が建築家に対して有する直接訴権という縦の牽連関係の問題も含めて検討したい）。更に第五には、これら建築家の責任について、注文者に

p. 250 et suiv., n°959 et suiv. 反対 Beudant et Lerebours-pigennière par Rodière, Cours de droit civil français, t.XII, 2éd., 1947, p. 238 et suiv., n°217 et suiv.)。

そして20世紀半ばまでの控訴院判決も、この立場を踏襲している（Aix, 14 mars 1927 D.1930 2 163—1792条と2270条は、工事の受領から10年の同一期間内に、建築士と請負人の担保期間および所有権者から彼らに対し行使される可能性ある訴権の期間を包含するものであるという。Paris, 15 déc. 1928 D.1930 2 165—1792条は、不動産の強固性と工事の良好な履行の単なる検証期間であり、真の時効ではなく、なおまたその期間の経過の後には、1792条の当然の帰結に過ぎない2270条に従って、建築士と請負人は担保から解放されるとする。Riom, 20 nov. 1950 D.1951 179.—10年の期間を除斥期間とし、本案での召喚（即ち建築家の賠償責任を対象とした訴訟手続の開始）によってだけ有効に中断（更新）されうるとしつつ、この期間経過中になされた争いを止めるための提訴に代わる和解も、かかる召喚と同等の効果をもつとする。Poitiers, 19 déc.1951 D.1952 64.—立法者は1792条と2270条によって責任とそれから生ずる訴権に同じ起算点と期間を規定し、それゆえ訴権の期間は、それが一緒にされている責任の期間を超えないとの規定をなしているという。Paris, 16 déc. 1953 D.1954 80.—この期間は真の時効ではなく、工事の良好な履行と石材工事の強固性の検証期間であり、責任召喚によるのでなければ停止（猶予）も中断（更新）もなされえず、責任解放を推定させるという）。

当然ながら、本文でこれから紹介する別の争点に関する判例も、両条のかかる解釈を前提とするものである。

よる工事介入が、その減縮事由となるのは、どのような場合か、またその責任を変更する契約条項（特に免除したり減縮する条項）の効力はいかに考えられるべきかが、問題となる（後述する1978年法制定後の変遷においては、この項目の中で建築家の責任義務保険の問題を検討したい）。

既に建築家の瑕疵担保責任の問題に関する19世紀の判例と学説において、過渡期であるがゆえの判断を迫られてきた痕跡が残されていたのであるが、その状況は20世紀以後の判例と学説および立法においても変わらない。そこで、それぞれの時点で正しいと判断されてきた理論的変遷（思想の変革期におけるその変遷としての正しさとはそのようなものであろう）をいくつかの時期に分けて取り上げて、先に挙げた五つの点を中心に、以下で順次に考察してゆきたい。

（a）1967年1月3日の法律制定前までの変遷

α 注文者による受領の意義に関する理論的変遷

—受領における責任解放的意義の縮減—

20世紀中期までに、受領の責任解放的効果に関する19世紀の判例に、形式的・実質的変更が加えられた点は、概ね2270条に関係している。まず指摘すべき形式的変更は、定額以外の請負契約で請負人の責任を負わせる際に一ただし自由な職業を行使する建築士に適用される条文についてはこの時期の判例は明示していないことにつき後掲γ参照一、不法行為の条文である1382条や1383条の適用を判示しなくなった点があげられうる（この後に順次に引用する判決参照）。そして破毀院は後に、その不適用の意義を明らかにして、契約当事者間の関係において、合意から生ずる債務一負われるべき責任の評価のために捨象されえないところの一の履行での確認されている懈怠については、1382条は援用されえないとする、いわゆる責任の二元性の原則を告示し、その請負契約への適用を通じて、建築士と請負人（この事件では請負人の責任が問題となっている）は工事の受領から

10年が経過した後には、過去においても将来においても一切の責任から解放されるから、この期間後に生じた建築不動産の部分的崩壊について、もし準不法行為責任を認めようとするのならば、合意から生ずる債務とは別個の、諸要素や諸状況がいかなるものかを明確にする必要があると判示した（Cass.civ. 1re., 24 nov.1954 J.C.P.1955 II 8625.—かかる明確化なしに準不法行為の適用によりうると判断して、請負人の民事責任を生じさせる過失の検証のために、鑑定を命じた原審判決には、法的根拠の欠如があるとする）。これによって、2270条の責任は注文者による受領の後に、不法行為ではなく契約上の義務（契約上の特別な法定義務としてか、それとも一般法上の契約義務としてかは学説で争われている・後述）として存続することが、明かにされたといえよう。

* 大工事に関する担保責任の適用要件の緩和

更にこの時期の判例は、具体的事案において2270条の大工事（後の破毀院判決によるその定義については次項参照）に該当する工事について、この要件を緩和して適用し、その姿勢は1792条にも及ぼされている。主な適用例をあげれば、市町村から水道事業を認可された会社による、水道利用者の下への引水のための導水管工事（Cass. civ., 28 jui 1909, D.1910 1 23.）や、パン屋のかまどにおける丸天蓋の再建工事（Cass.req., 3 nov.1909, D.1910 1 221.）、およびセントラルヒーティングの設置工事（Aix, 4 juin 1924S.1924 2 112.—1792条と2270条は建造物・édificeの性質決定に帰属する建設にだけでなく、大工事と考えられるすべての建設に適用されるとい

(282) しかしある部屋の内部での、ある単一な煙突の単なる改修は1792条により定められた責任を生じさせる大工事ではないとして、保険証書により請負人の大工事に関する同条の責任をカバーしていた保険会社は、この改修工事の不手際により火事の責任を負わされた請負人を担保する義務はないとする（Cass.civ. 1re, 17 déc. 1964 J.C.P.1964 II 14021.）。

う）、床のタイル張り工事（Cass.civ. 1re., 5 mai 1956. J.C.P 1965 II 14269.—アパルトマンの羽目材による全体張りの床は二次的な設置工事だけを冒し建造物の強固性にも用途への不適切にも関係しないとの上告理由を棄却）を、大工事としている⁽²⁸²⁾。そして法律が大工事を列挙も定義もしていないから、争われている工事が大工事となるものなのか否かを、各場合において探求するための評価権限は、裁判所に属するとしていた（Cass.req., 12 nov. 1924 D.H.1924 681. Cass.req., 12 nov. 1924 G.P.1925 144.など）。

他方ではその大工事に関するものであれば、瑕疵の重大性を要求せず単純な不手際であっても、10年間の大工事の担保が適用されるとしており（Cass.Civ., 19 déc.1928, G.P.1929 I 262, D.H.1929 66.），これらの緩和の姿勢はこの世紀の後半の判例にも見えている（Cass.civ. 1er., 5 janv. 1960 G.P.1960 1 189.—谷底を流れる小川を堰き止めて上流に370メートルの池を作るための築堤工事を大工事とし、2270条が課す担保は、建築をしてそれが充てられる用途に不適切とする請負人の注意の欠如の場合にも帰責されるから、谷の側面に固定された堤防の両端から生じている水漏れが堤防をこの用途に応えなくしないための必要な工事に関する予測を、請負人がすべきであったか否か検討しなかった控訴院判決は違法として破毀。Cass.civ. 1er., 29 nov. 1960 G.P.1961 I 268.—ストーブの煙突工事を大工事とし、それに関する単純な不手際も受領によっては治癒されず、1792条の責任が及ぶと判示）。

* 小工事に関する瑕疵担保責任の承認

しかし、この時期の判例における変更で、最も目を惹くのは、2270条が定める大工事の範疇に入らない工事に隠れた瑕疵がある場合に、工事の受領に責任解放を認めず、建築家の責任を承認してきた以下のような動向である。

破毀院はこの点に関して、一旦はそもそも2270条の大工事には該当しな

い工事に関する瑕疵・不手際につき、責任を認めないとする見解に与した。まず一方で、以前にはなされていなかった同条が規定する大工事(gros ouvrage)の一般的定義をなし、「建造物の構造そのものか、あるいはその主要な部分を構成するもの」としており(Cass, req., 26 mars 1941 S.1941 1100.)そして他方で受領にもかかわらず存続する責任の限界を、この範疇に属する工事の範囲とし、小工事に関するものについては、受領により建築家の責任はなくなるとの判決を下していた(Cass.civ., 22 oct. 1946, J.C.P.1947 II 3482. et note Rodière.—衛生に関する行政規則の不遵守が小工事(menu ouvrage)であるのに、受領による責任解放を認めず、10年の責任を負わせたとして、控訴院判決を破毀⁽²⁸³⁾)。

だが並行して破毀院は、民事部以外の判例において、この世紀の前半に小工事に関する欠陥に対しても、注文者の受領の際に表見的なものの責任が消滅するだけで、隠れた瑕疵の場合には、その露見から短期間内に提訴されるとの条件の下に、建築家の責任を問いうると判示していた(Cass. soc., 15 mai 1942, D.A.1942 129. Cass, req., 26 mars 1941 précité も短期間提訴の要件までは言及していないが、塗装や木工及び昇降機などの二次的工事に関する表見的ではない不手際について、それらが設計図の瑕疵、技術規則の無視、予測不足、工事の監督の欠如に帰されるとして、受領後における建築士の責任を肯定していた)。

(283) Cass.civ., 11 fév. 1947, J.C.P.1947 II 3599. は、表見的不手際について、それが大工事の強固性を危うくさせていないときには、最終的受領が請負人をそれについてのあらゆる責任から解放するとの前提に立って、行政的規定に従って建てられていない(表見的瑕疵ある)ガソリン地下溝タンクについて、1792条と2270条に鑑みその工作物の性格を探索せずに、請負人の責任を認める判断をしたのは法的根拠を与えていないとして控訴院判決を破毀しているが、その意味は両条文が規律の対象とするのは、隠れた瑕疵だけでなく表見的な瑕疵をも含み、それらが小工事を冒しているだけのときは、両条が適用されないというものだと思われる。なお、前掲 Cass. req., 26 mars 1941判決も大工事の表見的瑕疵について、建築士の責任を認めていた)。

そして民事部も、一度はこの判例を否定して、前述のごとく小工事に關しては、受領により建築家の責任は消滅するとしていたのであるが、後にはここでの先例に従い隠れた瑕疵であるか否かで區別して、それが肯定される場合には責任は消滅しないとした (Cass.civ. 1re., 4 janv. 1958, D.1958 457. note Rodière. J.C.P.1958 II 10808. obs. Starck.—外装仕上工事を小工事と性質決定しつつ、注文者による受領はかかる工事の瑕疵について建築家の責任を原則として消滅させるが、隠れた瑕疵に関しては注文者がそれに気づいた後、短期間内に訴権提起をしたとの要件の下で、建築家の責任は存続すると判示)。その後も破毀院は、同様の判決を重ねている (Cass.civ. 2e., 19 mai 1958 J.C.P.1958 II 10808. et obs. Starck.—セントラルヒーティングの設置上の不手際について、隠れた瑕疵の要件と注文者が気づいてすぐの訴権提起の要件充足の下で、注文者による受領はそれに関する建築家の責任を終了させていなかったと判示。Cass.civ. 1re., 8 nov. 1960, G.P.1961 1 63.—コンクリート製の床を予めアスファルトの層で被覆した後に、ゴム製の敷物を張る工事について前記1958年民事第一部判決と同様に判示)⁽²⁸⁴⁾。

次に、この時期の学説に目を転ずると、まず有力な学説が前記した立法資料に現れている1792条と2270条に関する編纂者の位置付け (特別責任説—前掲3・(2)・[C] 参照) を基本的に踏襲して、受領は請負人がすべての義務を正当に果たしたとの注文者による承認であるから、論理は以後の建築士や請負人のいかなる責任もなくなるべしと要請するが、しかし立法者はかかる解決が余りにも注文者に厳しいと考え、所有権者保護および公益上の措置として建造物や大工事について、法定責任と性格付けうるこれら両条を定めたのに鑑みれば、かかる工事完成後の担保の残存は、契

(284) 控訴院判決も、この破毀院判例に従っている (Paris, 20 nov.1959. D. 1960 198. —注文者が小工事の隠れた瑕疵に気づいて短期間に訴権提起をしなかった事例で、破毀院と同様の理論を採用しつつ、注文者を敗訴させている)。

約責任の一般法に相応するものではないとする。そこからこの法定担保の要件に該当しない小工事には、これら兩条文がその例外をなすところの一般法である、受領は建築家の責任を解放するとの原則が妥当すべきであり、従ってそれについての責任が認められるためには、そのような地方の慣習が存在することの証明が必要であると説いた (Planiol et Ripert par Rouast, op. cit., p.185 et suiv. n°945, p.192, n°950 et note (2). Minvielle op. cit., p.190 et note 646. は、小工事の瑕疵について1648条の類推により責任を認める理論に反対しつつ、請負人に適用可能な職種別と地方別の慣習を紹介している)⁽²⁸⁵⁾。

しかし、この時期の学説の流れは、破毀院民事部による判例変更と並行する方向を採った。この判例変更を促し、積極的支持を表明した第一の学説は、Rodière による判例評釈であった (その前に Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t.4, 4éd.1871, p.527, § 324. が既に提示していた理論で

(285) Colin et Capitant (par Morandière), Précis de droit civil publié d'après le cours élémentaire de droit civil français de Colin et Capitant, t.II, 9éd. 1950, p. 443 et suiv., n°881 882 et 885. も、不手際についての一般法となる原則は、物の受領が職人のすべての責任を排除するというものであり、1792条と2270条はその例外をなすから、従ってこれらの条文の要件に該当しない小工事は、それらが受領されたときから、もはやその瑕疵についての責任を生じさせないとする。

Bricmont, La responsabilité des architectes et entrepreneurs en droit belge et en droit français, 2éd., 1965, p. 81 et suiv. n°7. も建設に関して、明示的にこの原則に対する例外を与えたとし、その理由をやはり立法資料から引用している。そして小工事の隠れた瑕疵について露見から短期間に訴権を提起する要件の下で、建築家の責任を認めるに至った前述の破毀院判例の動向も紹介しながら (p. 121 et suiv. n°112), この一部の判例と民法典の間の乖離は深く、また確かに社会的、立法的進展が弱者を強者から、素人を技術者から保護しようとする時期には裁判所が、その現存により所有権者に建築物の十分な利用をさせえなくする付従的な隠れた瑕疵の惹起者に対し、注文者を担保しようと努めるのは理解できるが、その望まれている解決は受領調書 (procès-verbal de reception) の詐欺による無効 (1116, 1117および1344条に基づくものという) で得るのが可能であるから、立法者が定めた1792条と2270条を捻じ曲げる必要はないとしている (p. 125, n°115.)。

はある)。この学者は最初に、小工事については受領によって建築家の責任はなくなるとした、破毀院民事部による前掲1946年判決の評釈において、契約法の一般原則は請負人に対して彼の工事を良好に履行するように義務付けるのだから、そこから直ちに注文者はこの履行において現わされた不手際について、請負人の責任を問う権利があるとの命題が導かれるとしていう。受領に債務者の絶対的解放の価値を承認するというなら、どうして売買においても同様にしないのか。売主の瑕疵担保については、誰もそれが契約上の債務の一部であることを疑わない。もし承諾 (agrément) 行為の後には、注文者はなんらの請求もできないとしても、請負が善良なる家父に対し、外面以外のものをそこにおいて認識させえないほどの、過度に複雑な仕事を対象としている場合には、訴えが短期間に提起され、物や工事の瑕疵の発見に理由付けられているのであれば、その訴えは許されるであろう。この破毀院判決は単明にニュアンスなしの判示をしているが、既に小工事において隠れた瑕疵と表見的瑕疵との間の区別が確立される傾きがあり、注文者による受領がより後の訴えを禁ずるのは第二のものについてだけである (前掲 Cass, Soc., 15 mai 1942判決などを挙示する)。隠れた瑕疵については、予めの認識を前提とする放棄は、もはや考えられえない。2270条に例外的なのは、注文者に付与する訴権期間を大工事について10年としている点だけであり、注文者はこの規定により大工事について例外的に10年の期間を有するのに対し、小工事については売買などと同様に請負人を短期間内に訴える必要があることになる (Obs.sous l'arrêt de Cass.civ., 22 oct, 1946 précité. cf.Beudant et Lerebours-pigennière par Rodière, op.

(286) この学者は評釈の最後に、誰も法律を知らないとはみなされないという法格言に基づけば、この判決で問題となっている衛生上の行政的法規の不遵守は、受領がそれに対する債務完遂認証 (quitus) となるところの表見的瑕疵ともみうるから、そうであればこの判決の断固とした定式は、おそらく見かけほどのものではないとの指摘もなしている。

cit., p.206 et suiv., n°190 et 191.)⁽²⁸⁶⁾

続いて、破毀院民事部が判例変更した前掲1958年判決の評釈において、この判決が実務家を驚かせ、彼らが請負人の責任範囲における革新的な方向転換をそれにみたとして、この判決を評価するとともに、共通に犯されてきた誤りは不十分な分析により、工事の受領に過大な法的意義を与えることからなっていると、再度の確認をする。注文者による留保のない受領が、債務完遂認証 (quitus) に、即ち責任訴権行使の放棄に相当するのは、瑕疵が表見的な場合であって、反対に工作物の欠陥が隠れていて、使用においてだけ露見するときには、かかる放棄を生じさせない。一般法の原則は請負人の責任が、売主、受寄者、使用借主、運送人の責任と同様に、留保なしになされた受領にもかかわらず、訴求されうるというものであり、ただ要求する必要があるのは、注文者が迅速に訴えることである。それゆえこの判決による解決が、契約責任訴権に関する諸規定の精神に適合しているのは明らかであるとする (Note sous l'arrêt de Cass.civ., 4 janv. 1958 précité.)⁽²⁸⁷⁾。

この時期の学説において、続いて注目を集めたのは、H.Mazeaud の論

(287) この評釈で Rodière は注文者が短期間に訴権を提起する必要性について、こう説明している—実際に、彼が物を一旦受領すると、損害の原因論 (étologie) は不確実となり、それら損害は注文者の行為そのものに帰されるのかも分らず、そして注文者が異議を申し立てるのが遅れるほど、一層にそう推測されうるからである。Carbonnier も、この判決は決定的な仕方、破毀院の真の考えが Aubry et Rau の側にあることを証明するものと位置付け、そして衡平のためにも請負契約の正確な分析のためにも、この判決を歓迎しなければならないとする (R.T.D.C.1958, p. 272 et suiv.)。また Starck も、小工事の隠れた瑕疵について責任を認めたこの判決による解決は、契約の一般法に、即ちあらゆる債務者と同じく、請負人は彼の諸義務を完全に履行すべきであるとの原則に、その正当化を容易に見出すとし、さらに瑕疵の露見から短期間に訴権を提起すべしとの要請も、Rodière が挙げている理由から、あらゆる種類の合意における隠れた瑕疵に関して、我々の法における一般原則をなすとする (Obs.sous les arrêts de Cass.Civ.1re., 4 janv.1958 et Cass.civ. 2e., 19 mai 1958 précités.)。

稿（H.Mazeaud, *La responsabilité contractuelle des entrepreneurs et la réception des travaux*, Mélanges offerts à René Savatier, 1965, p.645 et suiv.）である。この学者は、同じく1792条と2270条が建築士と請負人の建築責任に関する一般法（それゆえそのすべての問題に通ずる法）を定めた規定ではなく、それに関する一般法の領域の中で特に責任の期間だけを例外的に10年と定めたにすぎない条文であるとの見方に立ちながら、契約的債務の性質論から建築物の受領後におけるこれらの者の一般法上の責任を論じ、破毀院判決が舵を切った責任の「加重化」（aggravation）の方向を、より大胆に展望している。最初に、請負人が負う、約定された工事を履行する債務の性質について取り上げ、この債務は単なる注意と勤勉の一般的債務（手段債務）ではなく、特定の債務（結果債務）であり、従って当事者が到達するように了解している結果は、約定された品質を表している工作の履行であるとの確認をなす。すると、引き渡された工作物に不手際があれば、請負人はそれらの不手際が彼に外的な原因（不可抗力上の出来事、第三者の行為、被害者の過失）に帰せられるとの証明をしなければ、契約責任を免れえないはずであるが（過失の証明に関する議論の詳細は次項β参照）、工作物の受領はいかなる範囲でかかる責任を修正しうるのであるかという。

この論者によると、請負人が彼の作出したものを引き渡すのは、それで弁済しようとしているのだから、この弁済はあらゆるそれと同様に受諾されるべきであり、そしてこの受諾が工作物の受領である以上は、これによって請負人は債務から解放され、原則として注文者はもはや請負人に対し不完全な履行を理由に、特に瑕疵や不手際を理由に、訴権を行使しえないとする。しかしこの原則は二つの例外を含み、一つは請負人が詐欺により受領を受けたときに、合意の瑕疵の理論が適用される場合であり、もう一つは作出された目的物が隠れた瑕疵に冒されている場合であるという。ただし後者につきここで要件を緩和して、問題の瑕疵は固有にいわれる瑕疵、即ち受領の際に注文者に知られていないものだけでなく、彼が工作物を受

諾した時に気づいてはいたが、しかし将来においてそれらの瑕疵が生じさせるであろう損害までは知りえなかった欠陥もそれに同化されるべきであるとして、それらを広義での隠れた瑕疵と称する。そして注文者が責任を問えるかどうかは、この広義での隠れた瑕疵に相当するかどうかの区別だけで決定され、それ以外に損害が重大なのか軽度なのか、損害が工作物の主要部分にかかわっているのか従たる部分か、などの区別で責任の正否が決められることはないとする（破毀院判例もこの見解を採るに至っているとする）。加えて注文者には広義での隠れた瑕疵について、損害の現実化の時から（より正確には注文者がその現実化を知った時から）30年間、賠償訴権が認められるとし、その理由として破毀院の前掲1958年判決が、注文者に瑕疵の露見した時から短期間に訴権を提起するように強制する法を、一般法のどこから得たのか説明がつかないこと、また請負人がクレームに応えるのに費やす熱心さの不足、守る意図なしにする約束を知るときには、顧客が苛立ちを募らせて裁判に訴える決断をした日に、注文者はその訴えが余りに遅いと答えられる危険もなくはないこと（前掲 Paris 控訴院1959年判決—前掲注284参照—を引用している）がいわれる。

更に、建造物あるいは大工事に10年の期間を特別に定めていると位置付ける、1792条と2270条について、それら条文が隠れた瑕疵と表見的な瑕疵との区別をしていないから、小工事に適用される一般法と異なり、そのどちらの瑕疵にも10年間の責任の存続という同一の規則が適用されるべきであると理論構成しうるし、より先に進んで両条の責任は表見的な瑕疵の場合にだけ適用されるとの理論構成も可能だとして、その根拠を次のように説く。すなわち、1792条の立法者達の意味は、受領から生ずる請負人の解放を10年先送りすることで、建築請負人の責任を加重化するというものであったとの確認から出発し、そして一般法で受領が請負人を解放するのは表見的な瑕疵だけであることを考えるならば、両条が対象としているのは表見的な瑕疵だけで、隠れた瑕疵は一般法により30年の時効に服し続けてい

る、というのである⁽²⁸⁸⁾。

最後に、建築の発展ほどに速くは建物請負人の数と資格具備が増えない状況や、専門的職業者が契約する保険の存在は、民法典の編纂者が建築家の責任に与えた不十分な条文について、立法者をして請負人の責任を加重化させるために、再び立法の作業場に戻すべきように促しているとし、そしてその際にはこれまでの自説を採用した条文により、建物の請負人を判例に比してもより厳格な責任—なぜなら受領は表見的な瑕疵からも彼らを解放させないから—の例外的制度（しかし他方で請負人はかかる瑕疵について10年の期間限定を享受する例外的制度）に服させるべきことなどが提案されている。

ともかくも、既にこの時期の判例と通説において、2270条が定める責任は、契約上の責任に外ならない点、更には同条の大工事に該当しない工事に存する隠れた瑕疵についても、受領は建築家の責任を免除する効果をもたない点が承認されたのであるから、一般法上の原則は受領による責任解放ではなく、受領はそれに伴う必要な要件変更の下で、なお瑕疵について責任を存続させるというものであるのが明確になったといえよう（ただし、受領が一般法上の責任を存続させるとの前提に立ちつつ、民法が特別に定める瑕疵担保責任について、それは一般法以上の規律を与えるという意味での法定責任・特別責任であると考えられる可能性は残されている—詳細は後述）。

(未完)

(288) また実質的な根拠として、大工事にかかわる瑕疵が、軽度の損害だけを生じさせるというのもありうるというのは事実だとしても、そのような瑕疵が小工事の不手際よりずっと遙かにひどい諸結果をもたらしうるのも、少なからず確かであること、他方で不手際から生ずる諸結果の予測も、大工事が問題であるときの方が、小工事のときよりもより困難であり、従って隠れた瑕疵と表見的な瑕疵との区別の拒否により、損害が予測されていたのか否かの問題が対象となる多くの訴訟を回避しうるようになること、などがいわれる。